

Een bijzondere positivist uit Nijmegen

In Memoriam

Tijn Kortmann (1944-2016)

PAUL BOVEND'EERT

Op 24 januari 2016 overleed prof. mr. C.A.J.M. Kortmann aan de nasleep van een operatie. Tijn Kortmann was van 1981 tot 2009 als hoogleraar staats- en bestuursrecht en algemene staatsleer verbonden aan de Nijmeegse faculteit der rechtsgeleerdheid. In deze jaren ontwikkelde hij zich tot een van de meest vooraanstaande staatsrechtbeoefenaren in Nederland.

Eerst een persoonlijke herinnering. Jarenlang heb ik het genoeg gehad om regelmatig met Tijn Kortmann in zijn auto – een enorme Citroen CX – mee te rijden van Nijmegen naar Den Haag, meestal naar de bezwaarschriftencommissie van het ministerie van VWS, waarvan hij voorzitter en ik lid was. De gesprekken onderweg verliepen min of meer volgens een vast patroon. De tocht begon met het doornemen van de motorische prestaties van de auto waarin we reden. Die waren altijd uitstekend. Daarna blikten we heel kort vooruit op het doel van de reis naar de Randstad, waar hij overigens, zo benadrukte hij telkens, nooit meer zou willen wonen. Vervolgens kwam het vakgebied aan bod; we bespraken de activiteiten van de collega's in Nijmegen en in den lande. Recente publicaties werden van commentaar voorzien. Sommige collega's konden bij Tijn geen kwaad doen, andere werden door hem heel kritisch gevolgd. Ook de voortgang van de promovendi kwam steevast aan bod. Daarna verplaatste het gesprek zich naar de faculteits- en universiteitspolitiek. Het euvel van de managers werd elke keer ruimschoots belicht, mede aan de hand van mooie herinneringen aan confrontaties met bestuurders uit het verleden. Tijn Kortmann kon ook prachtige verhalen vertellen uit zijn eerste periode als lector en decaan aan de rechtenfaculteit van de anarchistische UvA. En daarmee was de heenreis doorgaans gevuld, al werd meestal ook nog wel een kritische noot gekraakt over de actualiteit in politiek Den Haag. Een keer hebben we het meegemaakt dat we, aangekomen in Den Haag, alweer na een half uur door de intrekking van vrijwel alle zaken buiten stonden. Het was prachtig weer, dus Tijn Kortmann stelde voor om naar



In Memo- riam

het strand te gaan. En daar zaten we dan in Kijkduin op een vrijwel leeg strand, allebei in het pak op een plaid met even verderop een Duits gezin in een kuil. Het was erg gezellig om met Tijn op stap te zijn. Op de terugweg ging het gesprek meestal over meer persoonlijke dingen, het gezin, zeilen op de Maas en de techniek van kweken van slakken. Uitgebreid kwamen altijd de vakantieplannen aan bod, oftewel het ging dan over Frankrijk. Hij kende elke streek in Frankrijk, de ene was nog mooier dan de andere, maar overal was het in Frankrijk goed toeven. En zo keerden we terug naar Nijmegen, waarbij Tijn bij het bereiken van de Waalbrug altijd opmerkte: 'wat ligt de stad er toch mooi bij!'

Tijn Kortmann is na een korte periode als beginnend ambtenaar bij Verkeer en Waterstaat, waar hij tevens zijn proefschrift afrondde,¹ al die jaren in de staatsrechtwetenschap actief geweest, eerst enige tijd, zoals

¹ C.A.J.M. Kortmann, *Egalité en Défense. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar enige algemene rechtsbeginselen*, Diss. KU Nijmegen, Alpen a/d Rijn 1971.

gezegd, aan de UvA en daarna 28 jaar aan de Nijmeegse rechtenfaculteit. Hij was in die jaren overigens bepaald geen studeerkamergeleerde. Vele maatschappelijke functies vervulde hij door de jaren heen.

Het wetenschappelijk werk van Tijn Kortmann is omvangrijk. In het korte bestek van dit in memoriam is het moeilijk hieraan behoorlijk recht te doen. Ik licht derhalve een paar publicaties uit, die kenmerkend zijn voor zijn benadering van het staatsrecht. Als het gaat om zijn wetenschappelijk werk, dan ligt het voor de hand eerst te wijzen op het handboek 'Constitutioneel recht', dat in eerste druk in 1990 verscheen en waarvoor hij in 1996 de Thorbeckepenning ontving. Het Nederlandse Staatsrecht kent eigenlijk tegenwoordig maar twee echte handboeken, het Handboek van het Nederlandse staatsrecht, oorspronkelijk van de hand van Van der Pot, en het handboek van Tijn Kortmann. De verschillen tussen die twee handboeken zijn groot. Het boek van Tijn Kortmann is beknopter, het bevat minder historisch en staatkundig getinte beschouwingen, en het is, denk ik enigszins bevooroordeeld, ook systematisch en juridisch sterker. Het weerspiegelt goed dat Kortmann een sterk positiefrechtelijke benadering van het staatsrecht voorstond. In het voorwoord van de tweede druk merkte hij daarover op: "Het positiefrechtelijk karakter is bewaard gebleven, ondanks het risico van 'juristenverkokering'. De filosofen, politicologen en bestuurskundigen zullen hun heil elders moeten zoeken, tenzij zij ook positiefrechtelijk geïnteresseerd zijn. De politici weten het allemaal al." En voor de staatsrechtbeoefenaren heeft hij nog de volgende boodschap: "Overigens schijnen sommige vakgenoten een hekel te hebben aan positivisten en positivisme. Deze lijken me echter te prefereren boven negativisten en negativisme, om maar niet te spreken van fantasten die allerlei eigen verzinsels en (politieke) verlangens als geldend recht presenteren." Het handboek Constitutioneel recht is opgezet vanuit een systematische indeling volgens de drieslag 'constitueren', 'attribueren' en 'reguleren', ontleend aan zijn leermeester en voormalig collega in Nijmegen Harry Beekman.² In heldere en compacte zinnen – geen woord te veel – schetst de auteur de hoofdlijnen en details van staatsrecht. Het enige leerstuk dat, denk ik, enigszins onderbelicht bleef, was dat van de grondrechten. Op de publicatielijst van Tijn Kortmann zijn ook niet zo veel bijdragen over grondrechten te vinden. Het was niet helemaal zijn ding.³ Een publicatie die in het verlengde van het handboek vermeld dient te worden, is 'De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987'. Dit uitgebreide grondwetscommentaar is echt een standaardwerk geworden. Het bevat een, nog altijd uitstekend bruikbare, nauwgezette beschrijving van de wetsgeschiedenis van de laatste algehele grondwetsherziening aan de hand van de Kamerstukken en Handelingen, en een analyse van een

2 Helaas publiceerde Harry Beekman zelf weinig. Zie H.J.M. Beekman, *Formatieopdracht en bestaansrecht van een kabinet*, *NJB* 1973, p. 75-78; H.J.M. Beekman, *Ongeschreven staatsrecht en Kamerontbinding*, *NJB* 1973, p. 397-403; zie ook de bundel *Nijmeegs staatsrecht, Opstellen aangeboden aan mr. H.j.M. Beekman*, Nijmegen 1987.

3 Hij verwees voor dit leerstuk met bewondering naar M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

aantal belangrijke staatsrechtelijke leerstukken, die we ook terug kunnen vinden in het eerdergenoemde handboek.

Tijn Kortmann heeft zich in de loop der jaren ook sterk gemaakt voor de studie van het vergelijkende staatsrecht. Samen met zijn Amsterdamse collega Luuk Prakke vormde hij de redactie van 'Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie, waarvoor hij tevens het hoofdstuk 'Frankrijk' voor zijn rekening nam. Anders dan in Koopmans' prachtige monografie 'Vergelijkend Publiekrecht', dat thematisch staatsrechtelijke leerstukken in enige landen met elkaar vergelijkt, bevat 'Prakke/Kortmann' vooral beknopte landenbeschrijvingen volgens een min of meer vast format, waarbij de lezer dan vervolgens zelf systemen in de landen kan gaan vergelijken. Van dit hand- en studieboek verscheen ook nog een Engelse editie, een project dat Tijn Kortmann als akademiehoogleraar (KNAW) in de laatste jaren van zijn dienstverband aan de Nijmeegse rechtenfaculteit met enige collega's ter hand nam.

Met het voorgaande zijn, denk ik, de belangrijkste boekpublicaties van Tijn Kortmann genoemd. Als het gaat om de andere geschriften, valt ten eerste op dat Tijn Kortmann aan het leerstuk van de wetgeving vele interessante beschouwingen heeft gewijd, waaronder, wellicht enigszins buiten het blikveld van de staatsrechtbeoefenaren, een aantal instructieve bijdragen over het rechtskarakter van Europees recht in de nationale rechtsorde,⁴ maar ook een aantal rapporten, waarop hij als

Regeringscommissaris voor de toetsing van wetgevingsprojecten in de jaren negentig zijn stempel drukte. Te vermelden zijn het rapport over implementatie van EG-regelgeving in de nationale rechtsorde (1992) en het advies over de wetsprocedure (1992). Een klassieker is het Themis-artikel 'Avanti rijp voor de sloop',⁵ waarin Tijn Kortmann helder en duidelijk zijn gedachten over het belang van het legaliteitsbeginsel in de rechtsstaat uiteenzet in het kader van de vraag of beleidsregels recht in de zin van artikel 99 Wet RO (oud) zijn. Kortmann wijst mede op basis van rechtsvergelijking op de volgende risico's: "De kwalificatie van beleidsregels als recht of als wettelijk voorschrift met externe werking maakt de administratie nog machtiger dan zij reeds is, onttrekt regelgeving aan procedure-eisen en dwingt de rechter er toe (dubieuze) bestuurlijke interpretaties als recht te beschouwen, als toetsingsnorm te aanvaarden.

Aantrekkelijker acht ik de opvatting die beleidsregels in het algemeen beschouwt als motivering vooraf van nog te nemen besluiten."⁶ Kortmann concludeerde dat het Avanti-arrest een eendagsvlieg zou moeten blijven, hetgeen echter helaas niet uitkwam.

Het waarschuwen voor de toenemende macht van het bestuur/de overheid, zonder deugdelijke wettelijke grondslag, is een centraal thema in het wetenschappelijk werk van Tijn Kortmann. Dat waarschuwen komt

4 Zie C.A.J.M. Kortmann, *Secundair gemeenschapsrecht en de nationale constituties* (SEW 1999, p. 82 e.v.), *Goede raad over gemeenschapsrecht* (SEW 1996, p. 38 e.v.), en *Het normenstelsel in het gemeenschapsrecht* (SEW 1996, p. 116 e.v.).

5 Zie HR 11 oktober 1985, AB 1986, 84, m.nt. FHvdB.

6 C.A.J.M. Kortmann, *Avantirijp voor de sloop? Wet en recht in artikel 99 RO, RM Themis*, 1987, p. 381.

niet alleen aan bod in zijn artikelen over wetgevingsvraagstukken, maar ook in zijn publicaties over politiek staatsrecht en de rechterlijke organisatie. Ten aanzien van de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid hekelde hij bij herhaling de Haagse gewoonte om te veronderstellen dat ministers voor van alles en nog wat verantwoordelijk zijn. Tijn Kortmann sprak van een 'omkeringsregel', waarin verantwoordelijkheid niet voortvloeit uit bevoegdheden, maar bevoegdheden voortvloeien uit verantwoordelijkheid. "Dit betekent dat je roept of schrijft: ik ben verantwoordelijk, dus ik ben bevoegd of moet dat zijn. Bij enig nadenken moet de conclusie dan luiden dat een minister, lid van GS of van B en W dan tot nagenoeg alles bevoegd is of wordt. De totalitaire staat is dan nabij."⁷ Ook bij de modernisering van de rechterlijke organisatie heeft deze staatsrechtelijk onzinnige omkeringsregel helaas toepassing gevonden en veel schade aangericht.⁸ In zijn afscheidscollege in 2009, getiteld 'Staatsrecht en raison d'Etat', komt Tijn Kortmann nog een keer terug op dit machtsdenken, waarbij "bewindslieden staatsrecht menen te kunnen vormen door middel van enige losse flodders tijdens een kamerdebat."⁹

Als het gaat om de tijdschriftpublicaties moet ook nog vermeld worden dat Tijn Kortmann de nodige doorwrochte, leerzame, recensies voor RM Themis heeft geschreven. Hij kon daarbij een enkele keer, net als zijn collega Luuk Prakke, fors uitpakken. De recensie van de eerste druk van 'De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar'¹⁰ is wat dat betreft tamelijk vernietigend. Kortman wijst daarin op allerlei onevenwichtigheden in de opzet, passages die elkaar tegenspreken, de vele herhalingen, het weinig analytische karakter van het boek en het ontbreken van eigen standpunten. In een bijlage bij deze recensie wordt een overzicht (3 blz.) van concrete defecten gegeven. Tijn Kortmann spreekt aan het einde van de recensie de hoop uit dat "het Rotterdamse 'Centrum voor constitutioneel recht' zijn voordeel kan doen met deze kanttekeningen uit de constitutionele periferie."¹¹ In de bespreking van het lijvige proefschrift van Koekkoek uit Kortmann grote bewondering voor de nauwgezette wijze waarop een grote hoeveelheid gegevens is gesystematiseerd. Zijn bezwaren richten zich tegen "de overmatige gedetailleerdheid, de mijns inziens overbodige en ingewikkelde hantering van de wijsbegeerte der wetsidee en de vaak al te snelle aanname van staatsrechtelijke normen. Van zijn voorstellen verwacht ik weinig resultaat."¹² Hier zien we de Nijmeegse positivist ten voeten uit.

In de loop der jaren heeft Tijn Kortmann een flink aantal promovendi begeleid. Hij was een groot voorstander van 'dunne' proefschriften. Hij lette bij de begeleiding erg op taal en gaf de promovendus veel vrijheid. Bij hem promoveerden – een willekeurige greep – onder meer Arnold Versteeg (Verdeling van rechtsmacht), Henk Kummeling (Advisering in

7 C.A.J.M. Kortmann, Afsluitende beschouwingen, in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 108.

8 P.P.T. Bovend'Eert en C.A.J.M. Kortmann, Het Court-Packing Plan van het Kabinet-Kok, *NJB* 2000, p. 1769 e.v.

9 C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat*, Deventer: Kluwer 2009, p. 20.

10 P.W.C. Ackermans, *De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1987.

11 Zie verder *RM Themis* 1988, p. 393-400.

12 Zie *RM Themis* 1982, p. 77.

het publiekrecht), Marc Viering (Het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM), Roel Schutgens (Onrechtmatige wetgeving) en ondergetekende (Regeerakkoorden en regeringsprogramma's, 198 blz.). Kortmann was een bevlogen en geliefd docent aan de Nijmeegse rechtenfaculteit, beroemd om zijn jaarlijkse hoorcollege op rijm in de Sinterklaastijd.

Tenslotte moet nog opgemerkt worden dat Tijn Kortmann er zo nu en dan een handje van had om enigszins provocerend uit de hoek te komen. In 1978 schreef hij ter gelegenheid van de staatsrechtconferentie 1978¹³ een preadvies over planning en staatsrecht. Het was duidelijk dat Kortmann niets had met dit thema. Dat bleek niet alleen uit de inhoud van het preadvies, maar ook uit een spreuk van Mattheus die erboven prijkte: "Maakt u dus niet bezorgd voor de dag van morgen, want de dag van morgen zorgt voor zichzelf."

In de laatste jaren voor zijn emeritaat schreef hij, tot ongenoegen van menig raadsheer bij de Hoge Raad, een prikkelende beschouwing over de rechtspraak, waarin hij, aanknopend bij het positieve recht, betoogde dat aan de Hoge Raad, anders dan iedereen dacht, helemaal geen rechtsvormende taak toekwam, maar slechts een taak als rechtstoepasser en rechtsvinder. En hij overwoog daarbij: "Nu ben ik als positivist en onderdaan niet dol op taken of bevoegdheden die van nature of uit de aard der zaak aan overheidsinstellingen zouden toekomen. Overheden, welke dan ook, moeten hun taken en bevoegdheden aan het, bij voorkeur geschreven, recht ontleenen, niet aan de natuur of de bovennatuur, al dan niet geschapen of geleid door een opperwezen."¹⁴

Zo kreeg ook de Hoge Raad aldus een tikje op de vingers van deze bijzondere positivist uit de Nijmeegse periferie.

¹³ C.A.J.M. Kortmann, *Planning en staatsrecht*, Tilburg 1978.

¹⁴ C.A.J.M. Kortman, De rechtsvormende taak van de Hoge Raad, in: W.M.T. Keukens (red.), *Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi libri 2008, p. 31 e.v.